

La Revue
des Droits
de l'Homme

La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2017

Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017

Liberté d'expression et droit pénal (Constitution)

Vincent Sizaïre



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3038>

DOI : 10.4000/revdh.3038

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Vincent Sizaïre, « Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017 », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 27 mars 2017, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3038> ; DOI : 10.4000/revdh.3038

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

Mort et résurrection du principe de nécessité pénale : A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 10 février 2017

Liberté d'expression et droit pénal (Constitution)

Vincent Sizaire

- 1 Il est des jours où, à contempler l'abîme qui sépare la figure éthérée du « législateur » qui peuple nos manuels de la réalité du processus d'adoption de la loi, l'on est rapidement pris de vertige.
- 2 Bien sûr, il s'est trouvé de longue date des voix pour démontrer que la rationalité de nos faiseurs des lois n'est pas forcément celle de Solon ou même, simplement, celle de Descartes. Mais si le parlement est régulièrement présenté comme une arène ou un cirque – et, accessoirement, un lieu de débats législatifs – il arrive également qu'il se mue en une véritable scène de théâtre. Ainsi, les derniers jours de la quatorzième législature nous auront offert le spectacle d'une tragi-comédie en trois actes, mettant en exergue de façon expressionniste sinon ubuesque l'impasse dans laquelle nous enferme la logique répressive sécuritaire.
- 3 Premier acte : redécouvrant le principe de nécessité des délits et des peines, le Conseil constitutionnel censure le délit de consultation habituelle d'un site internet faisant l'apologie d'actes de terrorisme tel qu'institué par la loi du 3 juin 2016¹ (1). Deuxième acte : s'asseyant presque ouvertement sur cette décision, les députés et sénateurs rétablissent immédiatement l'incrimination en une version à peine retouchée (2). Dernier acte : le juriste en général et le juge en particulier se trouvent désormais confrontés à une situation inédite et des plus épineuses : que faire d'une loi qui, pour être explicitement inconstitutionnelle, n'en demeure pas moins en vigueur (3) ?

1°/- La redécouverte du principe de nécessité par le Conseil constitutionnel

- 4 Au rang des piliers de l'ordre pénal républicain, le principe de nécessité demeure de loin le plus méconnu. Énoncé par l'article V de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789², il est pourtant tout aussi essentiel à l'effectivité de l'Etat de droit que les principes de légalité des délits et des peines et de proportionnalité de la répression proclamés de concert³. Ceux qui s'en souviennent évoquent généralement l'obligation faite aux pouvoirs publics de n'édicter que des peines strictement nécessaires. Mais, dans une société où la liberté est le principe, il exprime d'abord l'idée selon laquelle la loi ne peut prohiber tel ou tel comportement qu'à titre exceptionnel, s'il apparaît indispensable d'user de coercition pour faire cesser une atteinte aux droits et libertés d'autrui⁴.
- 5 Bien évidemment, cette exigence de subsidiarité de l'incrimination pénale est totalement méconnue par le législateur contemporain qui, depuis plus de vingt ans, n'aura eu de cesse d'augmenter le domaine du pénalement répréhensible, en multipliant les infractions et, plus encore, leurs circonstances aggravantes⁵. A sa décharge, il faut relever que le Conseil constitutionnel ne se montre guère tatillon dans le contrôle qu'il fait du respect de cette exigence. S'il applique régulièrement le principe de nécessité à la détermination des sanctions pénales, c'est pour mieux lui ôter presque toute portée quand il s'agit d'apprécier la constitutionnalité d'un nouveau crime ou délit. Ainsi peut-on lire sous sa plume qu'il « est loisible au législateur de prévoir de nouvelles infractions en déterminant les peines qui leur sont applicables »⁶. C'est pourquoi il ne contrôle de la validité d'une nouvelle incrimination au regard de sa nécessité mais par la mise en balance commode de « la garantie des droits constitutionnellement protégés »⁷ et le besoin auquel est censé répondre le nouveau texte, sans que jamais la réalité de ce besoin ne soit questionnée.
- 6 Dans une telle perspective, il suffit que l'objectif poursuivi par l'infraction soit jugé (très formellement) légitime, pour ôter toute borne à la créativité incriminatrice du législateur. Au bénéfice d'un tel raisonnement, il devient facile d'affirmer que « le racolage public est susceptible d'entraîner des troubles pour l'ordre public, notamment pour la tranquillité, la salubrité et la sécurité publiques. En privant le proxénétisme de sources de profit, la répression du racolage sur la voie publique fait échec au trafic des êtres humains. La création par le législateur d'un délit de racolage public ne se heurte dès lors à aucune règle, ni à aucun principe de valeur constitutionnelle »⁸. Ou encore de considérer que « les dispositions contestées du premier alinéa de l'article L. 3124-13 du code des transports punissent le fait de mettre en relation des clients avec des chauffeurs non professionnels d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. En instituant l'incrimination prévue par ces dispositions, le législateur a entendu assurer le respect de la réglementation de l'activité de transport public particulier de personnes à titre onéreux »⁹.
- 7 Dans un tel contexte, la décision du 10 février 2017, par laquelle le Conseil a censuré le délit de consultation d'un site faisant l'apologie d'actes de terrorisme, pourrait bien constituer une petite révolution. Saisi de la constitutionnalité de l'article 421-2-5-2 (sic.) du code pénal, il a en effet censuré l'infraction non seulement au visa, classique, des principes de proportionnalité et de prévisibilité de la loi pénale, mais également à celui du principe de nécessité de l'incrimination. Dans un considérant dépourvu d'ambiguïté, le

juge constitutionnel rappelle ainsi qu'au « regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution »¹⁰.

- 8 En d'autres termes, le délit de consultation de sites « terroristes » s'avère inconstitutionnel non seulement parce que le texte d'incrimination ne présente pas les garanties de proportionnalité et de précision suffisantes, mais encore et surtout parce que, en tout état de cause, il n'était pas **nécessaire** de l'instituer eu égard aux très nombreuses prérogatives dont disposent les autorités répressives pour lutter contre le phénomène délictueux qu'il prétend saisir – en l'occurrence, la préparation de crimes terroristes. Pour la première fois, le Conseil semble redécouvrir ce principe fondateur de l'ordre pénal républicain et en tirer toutes les conséquences. En serait-ce fini de cette pénalité d'empilement et de comblement¹¹ qui fait le lit de la paradoxale impuissance répressive de notre temps ? A observer la réaction des parlementaires à cette décision, il est permis d'être à tout le moins prudent....

2°/- L'enterrement du principe de nécessité par le parlement.

- 9 Largement inattendue, la décision du 10 février 2017 a cueilli nos législateurs en pleine commission mixte paritaire (CMP), réunie pour l'examen du projet de loi relatif à la sécurité publique. Dernier fait d'arme du gouvernement, ce texte confirme, s'il était besoin, l'adoption d'une logique répressive sécuritaire totalement débridée, prévoyant, entre autres, l'extension du droit d'usage des armes des services de police, leur anonymisation en procédure, le doublement des peines encourues du chef d'outrage à agent ou, encore, l'armement des gardes de sécurité privée¹². C'est peu dire que l'examen d'un tel projet ne rend guère réceptif au message d'apaisement (tout relatif) de la répression du Conseil constitutionnel...
- 10 L'analyse des travaux de la commission montre en effet, sinon une mauvaise volonté caractérisée, du moins une réticence certaine des députés et sénateurs à tirer les conséquences de la déclaration d'inconstitutionnalité du délit de consultation d'un site « terroriste ». Bien que le président de la CMP juge « très difficile son rétablissement »¹³, et que personne ne se satisfait de la rédaction supposée tirer les conséquences de la décision du Conseil, c'est une version à peine retouchée de l'infraction qui sera finalement adoptée. Ainsi, il semble que l'ait emporté la volonté de passer complètement outre « cette décision du Conseil constitutionnel, [qui] même si nous n'avons pas à la commenter et qu'elle s'impose à tous, laisse incrédule »¹⁴.
- 11 Certes, les parlementaires semblent avoir tenté de tenir compte des motifs de la décision tirés de la violation des principes de proportionnalité et de prévision de la loi pénale, le Conseil ayant souligné que « les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services » et « font peser une incertitude

sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations »¹⁵. En miroir, le nouveau texte de l'incrimination prévoit désormais que la consultation habituelle de sites faisant l'apologie d'actes de terrorisme n'est réprimée que si elle est faite « *sans motif légitime* » et « *s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service* »¹⁶.

- 12 Mais la conformité de cette nouvelle version au principe constitutionnel de prévisibilité de la loi pénale est pour le moins discutable : qu'est qu'un motif légitime ? Qu'est-ce que l'adhésion à une idéologie ? Comment la caractériser sans verser dans l'arbitraire ? Surtout, elle ne tire en réalité aucune conséquence de la décision du 10 février 2017 qui, faut-il déjà le rappeler, a invalidé en son principe le délit de consultation d'un site terroriste, quelles que soient les garanties propres au texte d'incrimination. C'est ainsi que nous sommes aujourd'hui confrontés à une situation juridique inédite, aux enjeux démocratiques considérables : quelle position adopter face à une loi maintenue en vigueur malgré une décision du Conseil constitutionnel la censurant ?

3°/- Faire revivre le principe de nécessité ?

- 13 Bien sûr, la position du parlement constitue presque une invitation au dépôt d'une nouvelle question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à l'endroit du délit de consultation de site « terroriste » fraîchement rétabli. Mais la question qui se pose à nous de façon plus précise et immédiate est de savoir si une l'invalidité d'une loi **déclarée** inconstitutionnelle peut être utilement invoquée devant les tribunaux. Bien sûr, cette question n'a jamais été envisagée par le pouvoir constituant ni le législateur, qui n'imaginait pas alors oser s'affranchir explicitement du respect des décisions du Conseil. Elle se distingue par ailleurs de celle de la question de reconnaissance au juge « ordinaire » du pouvoir contrôler, d'une façon générale, la constitutionnalité des lois qu'il a pour mission d'appliquer. Rejeté depuis longtemps par la Cour de cassation comme le Conseil d'Etat, un tel pouvoir aurait inévitablement pour conséquence de soumettre le justiciable à un risque d'arbitraire trop important. L'expérience des premières années de pratique de la QPC montre ainsi une grande diversité de solutions dans le choix des juridictions de renvoyer, ou non, la question qui leur est posée au Conseil constitutionnel.
- 14 Mais le cas de figure qui nous est soumis est sensiblement différent et peut se formuler ainsi : dans quelle mesure le juge peut-il tenir compte d'une déclaration d'inconstitutionnalité qui a été délibérément ignorée par le législateur ? La question est d'autant plus épineuse que cette prise en compte est pour le pouvoir juridictionnel est en réalité un devoir. L'article 62 de la Constitution dispose en effet que « *les décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d'aucun recours. Elles s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles* ». Une règle qui, d'ores et déjà, commande aux juridictions judiciaires et administratives, non seulement de respecter la jurisprudence du juge constitutionnel, mais également d'appliquer ses réserves d'interprétation au même titre que la loi. Dès lors, ne devraient-elles pas appliquer également – et même, à plus forte raison – ses déclarations d'inconstitutionnalité et donc écarter l'application de la loi en cause ?
- 15 La première objection que l'on peut formuler à l'égard d'une telle solution tient, dans le cas particulier de la censure du délit de consultation habituelle d'un site terroriste, à la modification formelle du texte de l'infraction, présentée par le législateur comme la prise

en compte de la décision du Conseil. Et il est vrai que si cette dernière n'avait été motivée que par l'atteinte aux principes de proportionnalité et de prévisibilité de la loi pénale, il faudrait considérer que cette réécriture, aussi incomplète et imparfaite soit elle, fait obstacle à ce que le juge puisse de lui-même écarter l'application d'une disposition au motif de son inconstitutionnalité. Seul le Conseil constitutionnel aurait alors compétence pour apprécier si la modification apportée par le parlement tire suffisamment les conséquences de sa décision. Admettre le contraire reviendrait à porter une atteinte indéniable à la séparation des pouvoirs en permettant au pouvoir judiciaire de remettre directement en cause l'appréciation du pouvoir législatif sur la portée des arrêts du Conseil.

- 16 Mais si le cas qui nous est soumis est inédit, c'est que, comme nous l'avons vu, le parlement a, de façon manifeste si ce n'est délibérée, méconnu l'un des motifs de censure retenu par le juge constitutionnel. En ne tirant pas toutes les conséquences de cette décision, le législateur en a, en quelque sorte, maintenu les effets juridiques, laissant involontairement au juge la responsabilité de déterminer comment articuler la prise en compte de cette décision avec une loi pénale qui lui demeure ouvertement contraire.
- 17 La seconde objection que l'on peut opposer à la reconnaissance au juge du pouvoir d'écarter l'application d'une loi manifestement inconstitutionnelle est celle, déjà mentionnée, tirée de l'interdiction générale faite au pouvoir judiciaire de contrôler la validité des textes de nature législative. Pourtant, il existe en la matière un précédent de nature à éclairer utilement la réflexion. Depuis 1975 pour l'ordre judiciaire et 1989 pour l'ordre administratif, le juge s'est vu reconnaître le pouvoir d'écarter l'application d'une loi qui serait manifestement contraire aux dispositions d'un traité international régulièrement ratifié¹⁷. De la même façon, il pourrait lui être reconnu, dans le cas spécifique où le législateur n'en a que partiellement tenu compte – et, a fortiori, dans l'hypothèse où il n'en a tenu aucun compte, le droit d'écarter l'application d'une loi qui s'avère manifestement contraire à une décision du Conseil constitutionnel.
- 18 Ce rapprochement apparaît d'autant plus pertinent que, dans un cas comme dans l'autre, le juge ne fait que constater la contrariété entre la norme légale et celle qui lui est supérieure pour n'en inférer d'autre conséquence que celle que le législateur aurait dû en tirer. C'est en s'appuyant sur l'article 55 de la Constitution, qui consacre la primauté du traité international sur la loi, que la Cour de cassation a consacré le pouvoir du juge d'écarter la loi inconstitutionnelle. L'article 62 de la Constitution permet de lui reconnaître un pouvoir similaire à l'égard d'une loi déclarée inconstitutionnelle. Alors que le règne du droit est plus que jamais battu en brèche, il appartient aux juristes soucieux de leur rôle dans une société démocratique de faire preuve de créativité.

*

- 19 **Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, M. David P. [Délict de consultation habituelle de sites internet terroristes]**
- 20 **Article 24 de la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

1. Article 421-2-5-2 du code pénal, qui dispose alors : « *Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. Le présent article n'est pas applicable lorsque la consultation est effectuée de bonne foi, résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice* ».
2. « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ».
3. Articles 7 à 9 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
4. Pellegrino Rossi, grand artisan du renouveau du libéralisme pénal sous la monarchie de Juillet, nous rappelle ainsi que, dans une démocratie, « *le pouvoir social ne peut regarder comme délit que la violation d'un devoir envers la Société ou les individus, exigible en soi et utile au maintien de l'ordre politique, un devoir dont l'accomplissement ne peut être assuré que par la sanction pénale et dont l'infraction peut être appréciée par la justice humaine* », in Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, Paris, Guillaumin, 1863, p. 249.
5. V. Vincent Sizaïre, *Sortir de l'imposture sécuritaire*, Paris, La dispute, 2016.
6. Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, cons. 60 et 61, Journal officiel du 19 mars 2003, page 4789, Rec. p. 211.
7. *Ibid.*
8. *Ibid.*
9. Décision n° 2015-484 QPC, 22 septembre 2015, cons. 10 à 12, JORF n° 0222 du 25 septembre 2015 page 17083, texte n° 78.
10. Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, cons. 13. Plus haut, le Conseil constitutionnel rappelle en effet que « *les magistrats et enquêteurs disposent de pouvoirs étendus pour procéder à des mesures d'interception de correspondances émises par voie de communication électronique, de recueil des données techniques de connexion, de sonorisation, de fixation d'images et de captation de données informatiques* », que les services de renseignement « *peuvent accéder à des données de connexion, procéder à des interceptions de sécurité, sonoriser des lieux et véhicules et capter des images et données informatiques* » et que l'autorité administrative dispose de larges pouvoirs pour interdire la diffusion sur internet de contenus illicites.
11. Valérie MALABAT, « *Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations* », in Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald OTTENHOF : Le champ pénal, 2006, p. 155-165.
12. Projet de loi relatif à la sécurité publique, n° 263, déposé le 21 décembre 2016.
13. Rapport de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi relatif à la sécurité publique, n° 4466, Paris, 13 février 2017, p. 11.
14. *Ibid.*, p. 13. L'auteur de cette malheureuse déclaration se croit autorisé à poursuivre en affirmant que cette décision « *traduit la faiblesse de nos démocraties face à cette barbarie qui a décidé*

de nous attaquer. Monsieur le président, dans le cadre contraint imposé par le Conseil constitutionnel, vous tentez de tracer un chemin pour sortir de cette situation qu'aucun de nos concitoyens ne peut comprendre. Il y a des arguments juridiques, mais face à la menace terroriste maximale que nous vivons actuellement, il est une évidence absolue : il faut proscrire la consultation de sites qui forment aujourd'hui le principal vecteur de la propagation terroriste et djihadiste. Personne ne peut comprendre cette forme d'angélisme. Au cours d'une autre législature, un texte constitutionnel pourra peut-être doter notre pays d'armes beaucoup moins naïves pour nous protéger de cette menace maximale ».

15. Décision n° 2016-611 QPC du 10 février 2017, cons. 14 et 15.

16. Article 421-2-5-2 du code pénal dans sa rédaction issue de la loi relative à la sécurité publique.

17. Cass., ch. Mixtes, 24 mai 1975 (arrêt dit Jacques Vabres) et CE, ass, Nicolo, 20 octobre 1989.

RÉSUMÉS

En censurant le délit de consultation habituelle d'un site internet faisant l'apologie d'actes de terrorisme le conseil constitutionnel semble avoir redécouvert le principe de nécessité des délits et des peines. En décidant de tenir presque aucun compte de cette décision le Parlement nous met face à une situation inédite : que faire d'une loi qui, pour être explicitement inconstitutionnelle, n'en demeure pas moins en vigueur ?

AUTEUR

VINCENT SIZAIRE

Magistrat et Maître de conférence associé à l'Université de Paris Ouest Nanterre la Défense.